

## **A união estável e o separado de fato e a sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo.**

### **A possibilidade do registro público, para efeitos de prova**

**Paulo Roberto de Carvalho Rêgo** oficial do Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Cidade de São Paulo, vice-presidente do Centro de Estudos e Distribuição de Títulos e Documentos da Cidade de São Paulo, diretor da Associação de Notários e Registradores do Estado de São Paulo (ANOREG-SP)

#### **I. – Breve Histórico dos Registros de Títulos e Documentos:**

De início, cumpre-nos apresentar o serviço de registro de títulos e documentos, que para muitos ainda é um ilustre desconhecido, e mostrar a praticidade desse instrumento de segurança jurídica, que é de grande utilidade aos operadores do direito em geral e, aos advogados, em especial.

A origem do registro de títulos e documentos, segundo historia o magistrado Kioitsi Chicuta, surgiu em razão de que "desde tempos imemoriais o homem tem demonstrado intensa preocupação de perpetuar atos e fatos relevantes (inscrições e desenhos em pedras)" <sup>(1)</sup>, por exemplo. No Brasil, ainda segundo o renomado especialista, "sua origem como serviço sistematizado pelo Estado" recebeu regramento original nos títulos 78 e 80, do Livro I, das Ordenações do Reino de 1603, e foi atribuída, à época, aos Tabeliães de Notas (aos quais, aliás, eram atribuídos todos os atos dos serviços hoje denominados extrajudiciais).

Com o desenvolvimento da sociedade, os serviços de registros públicos, pouco a pouco, foram especializando-se e, em razão de suas finalidades específicas, foram segmentados por naturezas (Registro de Hipotecas, posteriormente Registro de Imóveis; Registro de Títulos, Documentos e outros Papéis e Civil de Pessoas Jurídicas, etc.). Assim, no ano de 1903, pelo Decreto Federal nº 973, foi criado, na cidade do Rio de Janeiro, então Distrito Federal, o serviço público correspondente ao "*primeiro ofício privativo e vitalício do registro facultativo de títulos, documentos e outros papéis, para autenticidade, conservação e perpetuidade dos mesmos e para os efeitos previstos no artigo 3º da Lei 79, de 1892*". Posteriormente, face ao sucesso da medida e à necessidade de sua implantação, outras unidades foram criadas nos demais Estados Federados.

Em 28 de setembro de 1906, foi instalado em São Paulo o primeiro ofício de registro de títulos e documentos e civil das pessoas jurídicas.

Em 1º de janeiro de 1916, revogando as Ordenações, Alvarás, Leis e outras normas, foi sancionada a Lei nº 3071, consolidando o **Código Civil brasileiro**, que, em seu Livro III, Título I, Capítulo IV (arts. 129 e seguintes), disciplinou os **meios de prova** dos atos jurídicos, regulando os institutos.

Sucederam-se as normas <sup>(2)</sup>, até que, em 31/12/1973, foi sancionada a Lei nº 6.015, que vige até o momento, disciplinando, nos seus arts. 127 e ss. o **registro de títulos e documentos**.

Ocorre que, em razão de originalmente acometidos os serviços aos Tabelionatos de Notas, posteriormente, aos Offícios de Registro de Imóveis e, somente no início do século passado aos registros especiais de títulos e documentos, os usos e costumes inerentes aqueles serviços nortearam a tônica da prática cartorária, muita vez olvidando a própria razão de ser do registro de títulos e documentos e outros papéis, sendo-lhes exigidos rigor e solenidades não prescritas em lei.

Isso, porque os bens da vida juridicamente protegidos, por exemplo, pelo registro de imóveis, são diversos dos protegidos nos registros de títulos e documentos. Nos primeiros, visa-se proteger um *fim*, o direito de propriedade (direito real, que exige forma solene); nos segundos, **o que se visa proteger é o próprio meio, ou seja, o título ou documento, o meio de prova que dará ensejo à proteção de eventual direito ou obrigação**. Quer dizer, aqui a solenidade pode não ser da essência do ato ou fato pretendido provar e que, para tanto, necessita registro, seja quanto ao seu conteúdo (o qual não deverá ficar ao arbítrio do registrador examinar), para alcançar efeitos decorrentes de sua publicidade, seja para adquirir autenticidade, seja, enfim, para mera conservação ou prova de data.

Assim, os serviços atribuídos aos Oficiais do segmento, desde sua origem e como traduz sua denominação, são os atos de registro de *títulos, documentos e outros papéis*, e não somente de *títulos* ou *instrumentos* (a utilização da conjunção aditiva "e" seguida do vocábulo "documentos", que tem significação jurídica própria, não pode ser havida como ignorância do legislador, muito menos sua insignificância – porque "a lei não contém palavras inúteis", como ensinava a famosa máxima de Carlos Maximiliano, amparada em antigo axioma <sup>(3)</sup>).

Por relevante para a compreensão do tema, faz-se, aqui, necessário lembrar, a clássica distinção entre instrumento, documento e papel, onde instrumento é o *meio* que dá forma a ato jurídico gerador de direitos e/ou obrigações à(s) parte(s); documento é qualquer *meio* de prova material; e, papel é o *meio* material de prova de menor relevância no mundo jurídico, por não conter direitos ou obrigações, mas que, por qualquer motivo, pode igualmente ser objeto de registro para mera conservação, publicidade e prova de data da existência de um escrito particular.

Enfoque importante dessa distinção está em que, se nos registros imobiliários, são fundamentais, conteúdo e forma; no registro de títulos e documentos essa importância é relativa, porque, às vezes, o **objeto da proteção jurídica**, o interesse juridicamente tutelado é a proteção ao *meio*, ao **início de prova por escrito** contido em uma declaração ou escrito particular.

Sabendo-se que os atos jurídicos provam-se por qualquer **meio** material de provar um direito ou uma obrigação nele inserida (arts. 135 e 136 do Código Civil), seu conteúdo e sua forma têm relevância reduzida, não sendo razoável obstar o registro do *meio* de prova, o qual será objeto de apreciação judicial competente. Poderá, assim, uma parte ter legítimo interesse de registrar esse **início de prova por escrito**, esse *documento*, para lhe dar **publicidade** ou **autenticidade**, fazendo prova de sua data, e, nada mais razoável, que abrir as portas do serviço extrajudicial, para assim fazê-lo.

É trivial que houve toda uma técnica jurídica na sua criação dos institutos, formando um sistema, um todo integrado. Sabedores desses princípios, fica mais fácil compreender que o sistema de registros não é um fim em si mesmo, mas um meio de atender às necessidades das partes, da sociedade, do povo, seu usuário e razão de sua existência.

Ademais, é certo que a **valorização da prova** é da competência do Poder Judiciário, no caso concreto - e aqui reportamos ao princípio da razoabilidade -, para dizer que não é razoável obstar registro de **meio de prova**, cujo efeito merecerá apreciação judicial, futura. O registro visa a **segurança jurídica** das partes. O registro não altera a **natureza** das coisas, o *meio* usado não altera o *fato*, pelo simples registro em títulos e documentos. Garante-lhe, todavia, a **publicidade** e a **prova da data**, na qual exarado. Os efeitos que irão gerar, nos casos concretos, serão objeto de apreciação judicial. O que não nos parece recomendável é impedir a **publicidade** e a **prova da data**, da *existência* do *meio* de prova por escrito, que será valorado em Juízo.

De igual modo, face às várias alterações legislativas ocorridas no último século, faz-se necessário dar maior transparência aos atos de registro, mais uma vez em garantia do princípio da **segurança jurídica** necessária, e entregá-la, aos operadores do direito, em especial, e ao povo, em geral.

A importância da menção histórica do sistema dos registros de títulos e documentos e outros papéis, para validade contra terceiros e sua conservação, portanto, está em que, **desde os seus primórdios, o legislador previu a necessidade e a possibilidade de conferir maior transparência e segurança à população, pelo registro de seus títulos, documentos e papéis em serviço próprio do Estado**, hoje descentralizado, porém, ainda **público**.

Como é do conhecimento dos profissionais do direito, o registro de títulos e documentos possui, também, atribuição residual, ou seja, tudo o que não competir, expressamente, a outro serviço de registro extrajudicial, é atribuído aos RTDs, conforme preceitua o artigo 127, inciso VII, da lei 6015/73 e isso é fundamental para a segurança jurídica da sociedade em movimento.

## II. – Questões atuais:

Demonstrativo da necessidade do acompanhamento das mutações sociais pelos

registros de títulos e documentos e o acerto do legislador em deixar em aberto a atribuição desses registradores, podemos citar, por exemplo, a hoje usual apresentação, para registro, de instrumentos particulares de **declaração de união estável, com o fito de tornar público o fato e provar a data de sua constituição, bem como para os fins de amparo, concedidos pelas disposições contida no artigo 226, §3º, da CF/88 e nas Leis Federais 8971/94 e 9278/96.**

A questão que surge aqui, é que, em alguns casos, um (ou os dois) declarante(s) informa(m) o **estado civil de casado(s).**

Visando regular sua relação, tem começado a surgir, também, declarações de **sociedade de fato, entre pessoas do mesmo sexo, pretendendo regular o patrimônio comum.**

A questão, vem merecendo acalorada discussão entre os profissionais do direito e os oficiais de registro, como operadores do direito na esfera ainda extrajudicial, têm se debruçado sobre o assunto, entendendo uma corrente, que, em ambas as hipóteses, o registro é possível, para os **fins civis** pretendidos; e, outra parte, entende que, no primeiro caso, estando em vigor o artigo 240 do Código Penal, tipificada resta a figura penal do adultério, e que, portanto, haveria vedação ao registro, porque tal ato implicaria em crime, além de ser moralmente reprovável. Na segunda hipótese, a minoria entende impossível o registro de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, porque a Constituição Federal enfatiza a união estável somente entre pessoas de sexos opostos; enquanto a maioria entende que, visando efeitos meramente patrimoniais, decorrentes da sociedade de fato, tal registro seria possível.

*Quid júris?*

### **III. - O separado de fato e a união estável:**

#### **a)\_A tese da impossibilidade do registro:**

A primeira corrente, minoritária, entende que há vedação ao registro, porque implicaria na *aceitação de um fato criminoso*, eis que reconhecido estaria o cometimento do *crime de adultério*, tipificado no artigo 240 do Código Penal pátrio e que se encontra, ainda, em vigor; e que, ademais, tal conduta seria *imoral*.

Por essas razões, haveria a vedação ao registro, por força do contido nos *artigos 115 e 156 da Lei 6015/73.*

Esses, em síntese, os fundamentos da corrente minoritária, contrária ao registro, e que serão objeto de exame pormenorizado pela corrente majoritária, motivo pelo qual dispensamo-nos de examiná-los, exaustivamente, neste tópico, de modo a evitar sua repetição desnecessária e tornar menos cansativa a leitura.

#### **b)\_A tese da possibilidade do registro:**

##### **b.1) União estável X casamento:**

A primeira confusão que surge no exame do tema é a pretendida equiparação entre os regimes jurídicos do casamento e da união estável.

Sabe-se da influência religiosa em nosso regramento jurídico. Porém, não está acima do contrato social espelhado na Constituição Federal, como fruto dos anseios da sociedade e da construção jurisprudencial que a incentivou.

E é curial que, **o legislador constitucional**, representante maior da sociedade brasileira, **preferiu a criação de um instituto novo, a união estável**, ao subdividir como *gênero*, a célula *mater* da **família**, em três grandes **grupos**: os das pessoas que, livremente, optaram relacionar-se pelo **casamento**, pela **união estável** ou que mantêm, por fatalidade ou escolha, uma **comunidade familiar**, regulando-os, distintamente. O primeiro, subdividido nas *espécies* do **casamento civil** (artigo 236, §1º, da CF/88) e o **casamento religioso** (artigo 236, §2º, da CF/88); o segundo, uma inovação, a **união estável** (artigo 236, §3º, CF/88); e, o terceiro, outra modernidade, a **comunidade entre pais e descendentes** (artigo 236, §4º, CF/88). Quisesse, o legislador constituinte, igualar todas as **entidades familiares** admitidas, não as teria subdividido em espécies e, muito menos, disporia que, cada tipo de entidade familiar, seria regida por lei própria (*idem, ibidem*).

*Lex, si aliud vuluisset, expressisset* (a lei, se al quisesse, o expressaria). Como da dicção do comando constitucional, não se defluiu a igualdade, mas mera equiparação, para efeito da proteção estatal (vide artigo 236, §3º, da CF/88), não poderá, *data venia*, o intérprete igualar. **A igualdade somente se dá, de forma plena, entre iguais**, nunca entre meros assemelhados.

*In casu*, o constituinte distinguiu expressamente.

Enfocada a questão sob o princípio hermenêutico da técnica legislativa, torna-se mais fácil compreender porque o **casamento** mereceu regramento no Código Civil, em sua Parte Especial, Livro I, Título I, artigos 180 a 314; o **casamento religioso** está regrado no Decreto-Lei 3200, de 19/04/1941 e na Lei 6015, de 31/12/1973, artigos 71 a 75; a **união estável** encontra-se regida pelas Leis 8971/94 e 9278/96, especiais; e, a **comunidade familiar**, dispensável maior regramento, encontra-se regida completamente pelo §4º da Carta Política de 1988.

Desses regramentos específicos e, portanto, especiais, retiram-se regras próprias para cada instituto, donde se vê um maior rigor formal para o **casamento**, onde são previstas formalidades preliminares (arts. 180 a 182); impedimentos (arts. 183 a 191); forma de celebração (arts. 192 a 201); meios de prova específicos (arts. 202 a 206); nulidades (arts. 207 a 224); disposições penais (arts. 225 a 228); efeitos jurídicos (arts. 229 a 232); direitos e deveres do marido (arts. 233 a 239); direitos e deveres da mulher (arts. 240 a 255); regime de bens entre cônjuges (arts. 256 a 311); e, regula, até, as doações antenupciais (arts. 312 a 314); ficando, sua dissolução, já por conta dos *usos sociais*, regada pela Lei 6.515, de 26/12/1977, que revogou os arts. 315 a 324 do Código Civil). Já, a **união estável**, por não se confundir com aquele instituto, mereceu **regramento próprio**, primeiro quanto aos direitos alimentícios e sucessórios ensejados, através da Lei 8971, de 29/12/1994; e,

quanto à sua *definição* jurídica, e regulamentação propriamente ditas, conforme se deflui de seu título, que "regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal", pela Lei 9278, de 10/05/1996, a qual, em seu artigo 1º, define o que é a união estável; no artigo 2º, rege os direitos e deveres dos conviventes; os arts. 3º e 4º foram vetados; no artigo 5º, dispõe sobre o patrimônio constituído após sua constituição; o art. 6º foi igualmente vetado; e os arts. 7º, 8º e 9º, tornam a dispor sobre alimentos, sucessão e competência, respectivamente.

Desse simples confronto, reforça-se a idéia de que **o legislador quis distinguir os institutos, porque regulou a união estável em lei especial**, subtraindo, ao reconhecimento da união estável, todo o formalismo exigido ao casamento, ao dispor, em seu artigo 1º, que, "*é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família*". Quer dizer, é **reconhecida**, porque é um *fato jurídico*, e se constitui, como *fato* que é, pela *convivência duradoura*, ou seja, o simples *fato* da **habitualidade da relação**, com o elemento subjetivo da intenção de *constituir família*. Tudo matéria de *fato* e, portanto, de **prova**.

E não podia ser diferente, porque o legislador constitucional, ao equiparar a união estável, não ao casamento (tanto que dispôs da necessidade da facilitação de sua conversão nesse outro instituto <sup>(4)</sup>), mas ao gênero *família*, o fez em atenção à existência de vários núcleos familiares marginalizados, mas cuja existência em nada poderia afrontar a moral e refletia os **usos** comuns da atualidade social. E, desde os Estatutos da Universidade de Coimbra, já se sabia que, a "*sólida inteligência da lei depende do acertado conhecimento do verdadeiro espírito delas*" <sup>(5)</sup>, bem como que, "*Leis, devem acomodar-se aos costumes dos povos no que for justo, e honesto*" <sup>(6)</sup> e ninguém poderá discordar do acerto do legislador constituinte ao reconhecer **efeitos jurídicos** a esses *atos*.

O direito nada mais é do que o retrato da sociedade em movimento, sendo ditado *por* ela e não *para* ela.

Ademais, O direito, como ciência, é informado por diversas fontes. A fonte maior, a Constituição Federal, considerando as alterações havidas na *família* brasileira e visando proteger as novas células surgidas da união estável entre homem e mulher, reconheceu-a como **entidade familiar**, independentemente do casamento (CF/88, artigo 226, §3º). Do *fato* da existência da união estável, decorre a proteção do Estado, sem exigência de qualquer outro requisito e sem confusão entre esse instituto e o do casamento, não se aplicando, àquele, regras inerentes a esse. Assim, as restrições impostas ao casamento, não podem ser impostas à união estável. Restrições interpretam-se restritivamente.

E, a importância dessa distinção, está em demonstrar que, o estado civil dos declarantes, é irrelevante para o ato de registro da declaração de união estável.

Assim, o separado de fato, cujo estado civil, tecnicamente correto, é, ainda, o de casado, não pode ter obstado o registro de sua declaração, porque os **impedimentos matrimoniais** não se aplicam à união estável. É certo que houve, em um primeiro

momento, face às disposições da lei 8971/94, o entendimento de que a união estável estaria sujeita aos requisitos previstos no seu artigo 1º. Todavia, melhor observando a referida lei, colhe-se que, naquela, o que se visa resolver, inclusive de forma declarada em seu título, são os reflexos patrimoniais da união estável (alimentos e sucessão), mormente considerando-se a possibilidade da coexistência de interesses de cônjuges anteriores, companheiros e prole. Quer dizer, essa lei não veio para definir a união estável, mas, apenas, para resolver conflitos inadiáveis de interesse, decorrentes dessas relações, sob os aspectos sucessório e alimentar. Por isso, posteriormente, foi sancionada a lei 9278/96, a qual, nos termos da Constituição Federal, efetivamente definiu e regulou, por completo, o instituto, sem qualquer das restrições enunciadas na lei anterior. Assim sendo, ainda que se pudesse admitir que a união estável poderia sofrer as restrições contidas, no artigo 1º da lei 8971/94, para seu reconhecimento, com o advento da lei 9278/96, tais restrições estariam abrogadas pela lei nova.

Nesse sentido, a jurisprudência dos nossos Tribunais, conforme demonstra o decidido na apelação cível 1999.001.19355, da 7ª. Câmara Cível do TJRJ, Relatora Desembargadora Marly Macedônio França:

"Alimentos. União estável. Estado civil dos companheiros. Irrelevância face à Constituição e a nova ordem legal vigente. Na vigência da lei 9278/96 a inexistência de impedimento para o casamento não é mais condição para o reconhecimento da união estável e o conseqüente direito à percepção de alimentos. Destacando que se assim o fosse, estaria em confronto com a norma constitucional do §3º do artigo 226, que não prevê tal condição. Recurso provido."

Nem se diga que, a orientação à facilitação da conversão em casamento, seria indicativo da sujeição do novel instituto ao do matrimônio, porque, ao fazer-se necessária, a conversão, é porque não são iguais. E a desigualdade está, justamente, na informalidade do novo instituto, que é matéria exclusivamente de *fato*. *Ex facto jus oritur*, sem qualquer solenidade, ao contrário do casamento, que é ato solene. Ademais, é de se observar que **a união estável não se constitui com o registro**, mas pelo simples *fato* da convivência duradoura, com *animus* de constituir família.

Veja-se, inclusive, que a Lei 9278/96 não dispôs nenhum impedimento para o reconhecimento da união estável, diferindo do Código Civil que, ao regular os impedimentos para o casamento, dispôs, expressamente, que "não podem casar as pessoas casadas" e "o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado"<sup>(7)</sup>.

Aqui, caberia adaptar outro adágio, para dizer que *ubi lex distiguit, distinguere habemus*.<sup>(8)</sup>

Sendo um todo ordenado, nosso sistema jurídico, não se vislumbra o aparente conflito de normas defendido pela corrente que inadmite o registro quando um dos declarantes é casado, porém separado de *fato*, e que já constituiu família, de *fato*, nova.

## **b.2) A moral e os costumes:**

Questão mais difícil de ser analisada, é o plano da moral e dos bons costumes, face à sua subjetividade.

Abstraído o positivismo, objetivo, acima já examinado e que ampara o registro, adentremos o exame da matéria subjetiva, alavancada como impediendo ao registro.

O conceito de Moral, no sentido filosófico, significa o "**conjunto de regras de conduta consideradas como válidas**, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer **para grupo** ou pessoa **determinada** (cf. ética)"<sup>(9)</sup>.

Dessa simples interpretação léxica, retira-se que, de forma alguma, o dispositivo constitucional fere a contemporânea moral da sociedade brasileira. Ao contrário, vai ao encontro dos anseios dessa, regulando e admitindo, como entidade familiar, também a formada por homem e mulher, que mantiverem união habitual, com intenção de constituir família.

Estudando a filosofia do direito, o maior jus-filósofo brasileiro de nosso tempo, Miguel Reale<sup>(10)</sup>, voltando aos primórdios do conhecimento filosófico humano, ensina que, para Aristóteles, "*o problema da justiça reduz-se ao da **igualdade**, que se apresenta em dois momentos: **igualdade entre iguais, e igualdade entre desiguais**. Às vezes, a igualdade é absoluta, porquanto se refere a coisas que se trocam, tanto por tanto; mas, outras vezes, a igualdade se realiza entre homens desiguais. A justiça comutativa é aquela que preside às trocas, porquanto se presume que, na compra e venda, o valor da coisa adquirida corresponda ao preço pago. Nas relações dos homens surge, no entanto, uma outra lei de igualdade, que é aquela que manda tratar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem, dando-se a cada um o que é seu, consoante ditame da justiça distributiva **O Estado não pode tratar igualmente os indivíduos, situando no mesmo plano o criminoso e o santo. Há desigualdades naturais, assim como há graduação na virtude e no crime, de modo que a justiça distributiva deve atender, proporcionalmente, ao mérito e ao demérito de cada um***".<sup>(11)</sup>

E é claro que, sob esse prisma, a união habitual, de fato, entre homem e mulher, não é igual à união submetida ao casamento, mas, essa desigualdade, não chega ao ponto de ignorá-los como entidade familiar.

Prosseguindo o estudo histórico da matéria, observa, Reale, que, na idade média, prevaleceu a Teoria Tomista, porque "*Santo Tomás de Aquino demonstra senso muito agudo e compreensivo da vida humana e de suas contingências (ratio practica est circa operabilia, quae sunt singularia et contingentia), ensinando que **mais de uma solução particular pode ser compatível, em certo tempo e lugar, com os imperativos da lei natural. Dentre os vários caminhos conciliáveis com as exigências racionais, cabe ao legislador fazer a escolha segundo critérios de utilidade***"<sup>(12)</sup>, complementando que, "*Santo Tomás aprecia o problema da justiça, segundo ensinamentos de Aristóteles em sua monumental "Ética a Nicomano", mas desenvolve uma **distinção que ficara de certa forma apenas esboçada: a de "justiça legal", com a qual se completa a trilogia do justo***".<sup>(13)</sup> "*O que determina o dever dos indivíduos para com o todo, a sociedade, o Estado? É a justiça legal*



*ou, como mais tarde se disse, a justiça social. Um dos grandes méritos de Santo Tomas, a nosso ver, foi ter dado à justiça legal ou justiça social a preeminência entre todas as virtudes. A justiça por excelência não é a comutatividade das trocas, ou a corretiva do domínio penal, nem a distributiva, mas, antes, a justiça que traça o caminho das obrigações e dos deveres das partes para com o todo. Estas obrigações são determinadas por lei, tendo como centro o poder do legislador, a quem cabe apreciar as circunstâncias variáveis, sem ultrapassar o âmbito da discricionariedade traçado pela "lei natural". A socialidade da justiça, desse modo tão claramente evidenciada, é submetida a uma análise percuciente, a propósito da alterabilidade ou da alteritas, lembrando, ainda, que "é dentro dessa concepção geral que se situa a célebre definição de Direito legada por Dante, na qual é mister apontar uma contribuição nova, um sentido mais acentuado de "socialidade, a convicção profunda de que o direito é um fato social, de cuja vigência depende a sociedade toda"<sup>(14)</sup>.*

Passando à idade moderna, ensina que *"na idade média existia um sistema ético subordinado a uma ordem transcendente, o homem renascentista procura explicar o mundo humano tão-somente segundo exigências humanas"*. Lembrando a doutrina de Hugo Gróci, lembra que *"há uma passagem característica, na qual declara que a justiça possui fundamento de razão, de maneira tão inamovível, que ela existiria mesmo que, por absurdo, Deus não existisse. Embora afirmada a existência de Deus, não é dessa idéia que decorre a legitimidade da ordem justa: - é justa por ser expressão de ditames da razão."* Por isso, **com o renascentismo, "o dado primordial passa a ser o homem mesmo, orgulhoso de sua força racional e de sua liberdade, capaz de constituir por si mesmo a regra de sua conduta"** É por isso, que surge, desde logo, a idéia de contrato. **"O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. Por que existe a sociedade? Por que os homens concordaram em viver em comum. Por que existe o Direito? O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos arbítrios"**<sup>(15)</sup>, lembrando a clássica doutrina de Jean Jacques Rousseau, em seu "Contrato Social". *"Para Rousseau, o homem natural é um homem bom que a sociedade corrompeu, sendo necessário libertá-lo do contrato social de sujeição e privilégios, para se estabelecer um contrato social legítimo, conforme a razão"*<sup>(16)</sup> Surge, então, o contratualismo parcial, no dizer de Hugo Grócio, *"para quem a sociedade é um fato natural, oriundo do "appetitus societatis; surge, porém, o Direito Positivo como resultado de um acordo ou de uma convenção"*.

A partir desses conceitos históricos, conclui Miguel Reale, que **"o Direito tem como destino realizar a Justiça, não em si e por si, mas como condição de realização ordenada dos demais valores, o que nos levou, certa feita, a apontá-lo como o "valor franciscano", cuja valia consiste em permitir que os demais valores jurídicos valham, com base no valor da "pessoa humana", valor-fonte de todos os valores."**<sup>(17)</sup>, de onde surge a idéia da tridimensionalidade do Direito, reconhecendo que *"nas doutrinas ora examinadas se acentua a tensão entre fato, valor e norma, elementos que o moralismo jurídico procura em vão compor na unidade das exigências éticas"*<sup>(18)</sup>, lembrando que, *"ao lado dos puros ditames racionais vai-se*

*abrindo lugar para a **contribuição positiva da vontade, das estimativas sociais e das mutações históricas.** Essas novas orientações traduzem, em última análise, o desejo quase que universalmente sentido de **uma Jurisprudência que tenha em conta a realidade jurídica, com abandono de explicações unilineares e redutivistas, conciliando-se as exigências axiológicas com as técnico-formais, em crescente harmonia com a existência e o aperfeiçoamento da comunidade*** <sup>(19)</sup>.

De todo o subjetivismo teórico e de sua natural prolixidade retira-se que os conceitos de Justiça e Moral estão intimamente ligados ao conceito de Ética. E, é trivial que, **Ética é o "estudo dos juízos de apreciação (ou seja de valor), que se referem à conduta humana suscetível de qualificação (ou seja, de subsunção à fattispécie legal) do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto.** (cf. Moral (1) e Hética)." <sup>(20)</sup>

Por isso, **o valor humano concedido à família transcende qualquer limite religioso ou traz qualquer ofensa ao direito natural**, que surgiu com o homem muito antes da convenção do casamento. Como negar aos conviventes modernos o direito de constituir família, apenas porque não coadunam com o rigorismo do casamento? Como negar à essa entidade ou sua prole o direito de pertencer a uma família? Sensibilizado por esses valores superiores e ciente da conduta humana moderna, onde o casamento já não é mais indissolúvel pela vontade dos cônjuges, onde é comum a convivência habitual, o legislador constitucional preferiu dar fim à hipocrisia e reconhecer direito à essas entidades familiares, concedendo-lhes, também, a proteção Estatal.

Vê-se, pois, que, também a moral, com os avanços da sociedade e a revisão dos dogmas religiosos e éticos, admite e protege a relação de convivência, sem qualquer vedação a que ela se dê entre homens e mulheres, sem qualquer distinção aos separados de fato, sendo de se ressaltar que, para que haja a habitualidade e a intenção de constituir família, essa relação não poderá constituir-se entre pessoa casada que mantém o casamento e outra relação extra-conjugal, concomitantemente, porque impossíveis, face aos elementos da **habitualidade e da intenção de constituir família**, que é una.

Assim, o convivente separado de fato, mas ainda casado de direito, poderá, sim, sem ferir qualquer valor moral ou ético, constituir família, para efeitos de proteção do Estado.

### **b.3) o crime de adultério:**

De outro lado, mesmo sob a óptica penal, focado o adultério, a existência desse não inibe nem torna sem efeito a união estável, existente entre o separado de fato, equivocadamente tido como adúltero, e terceiro.

Em primeiro lugar, porque mesmo o legislador de 1940, reconhecia que, a ação penal tem **natureza privada**, e, por isso, "somente pode ser intentada pelo ofendido, e dentro de um mês após o conhecimento do fato" <sup>(21)</sup>, realçando, com isso, a ausência do interesse estatal em coibir o fato e em admiti-lo, quando de sua habitualidade, consentida tacitamente.

Em segundo, porque o mesmo legislador estabeleceu a inadmissibilidade da ação penal pelo "cônjuge desquitado" <sup>(22)</sup>, porque findo o dever de fidelidade, previsto no artigo 231 do Código Civil.

Em terceiro, porque previu a inaplicabilidade da pena, ao dispor que "o juiz pode deixar de aplicar pena se havia cessado a vida em comum dos cônjuges" <sup>(23)</sup>, deixando claro, já antes da equiparação da união estável à entidade familiar, que o Estado não via interesse em punir, ao separado de fato, porque finda a obrigação de fidelidade, não sendo razoável obrigar ao "descasado de fato" a submeter-se a eventuais caprichos do cônjuge que não admitia conceder o desquite, ou, posteriormente, a separação ou o divórcio, sendo mesmo regra fundamental, a liberdade de associação (eis que, antes da Constituição de 1988, a união estável era reconhecida como sociedade de fato, para efeitos patrimoniais). Além disso, não é fato desconhecido do legislador que, face à miséria que grassa no Brasil, há pessoas desprovidas, mesmo, do capital necessário ao casamento ou à dissolução desse, esta face à necessidade da contratação de advogado para assistência no processo, obrigatoriamente judicial.

Por que negar aos necessitados o direito de constituir família? Aqui a igualdade tem, forçosamente, de ser geral, porque, segundo o princípio da razoabilidade, não é admissível distinguir o ser humano por suas posses.

É certo, também, que, apesar de vetusto, o crime de adultério, ainda não foi revogado. Porém, não é menos certo que, abstraídos eventuais reflexos da área penal, já bastante reduzidos, como vimos, a união estável entre o "adúltero" e terceiro gera efeitos, inclusive patrimoniais e alimentares, entre os conviventes, razão pela qual, para proteção desses direitos, o **meio de provar** a sua existência não pode ser obstado. Os efeitos, civis e penais, oriundos da declaração serão objeto de apreciação judicial. O registro apenas **preserva a prova**.

Nem se alegue que o registro configuraria a facilitação ao crime, até porque a união estável constitui-se *ipso facto*, independentemente do registro, que lhe é posterior e reproduz, apenas, uma realidade. Assim, por exemplo, seria de se indagar se haveria vedação ao registro de uma confissão de um crime praticado por alguém? E não há, porque a *confissão* não é o ato que consuma o delito, sendo-lhe posterior, e é até de auxílio à Justiça, como meio de prova que é a confissão. Da mesma forma, não há vedação a registrar a declaração de união estável, mesmo que tenha havido adultério, porque, o registro pretendido, visa proteger os efeitos civis da relação e não a dar meios à prática do crime, afeta ao direito penal, o qual, se assim ainda considerado (*ab absurdo*, porque a separação de fato, por si, já eliminaria o dever de fidelidade inerente ao casamento, como visto) existiria, independentemente do registro. Resumindo esse posicionamento, o decidido pela 5ª. Turma Cível do TJDF, na apelação cível nº85978, de 27/5/96, *in verbis*:

"Civil. Acordo de reconhecimento de sociedade de fato existente, há mais de trinta anos. União de pessoa separada judicialmente com parceira separada de fato. 1. - Não constitui obstáculo jurídico ao reconhecimento da sociedade de fato a existência de casamento não desfeito judicialmente. 2. - A ocorrência de adultério por parte da

mulher não retira seus direitos de sócia dos bens comuns. 3. - Afastado o óbice da impossibilidade jurídica do pedido, conhece-se da apelação e se lhe dá provimento, para o fim de anular a sentença e determinar o processamento da ação."

Por fim, a disposição contida no artigo 115 da lei 6015/73 também não impede o registro *in casu*. A uma, porque, essa disposição, é específica para o Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se aplicando ao Registro de Títulos e Documentos. A duas, por disposição constitucional, eis que, a união estável é matéria de *fato*, que dispensa qualquer solenidade ou formalidade. A três, porque o registro não é o *meio* que dará azo à perpetração do crime, que, se existisse, já teria se *consumado*. O registro não é **constitutivo**, mas e apenas, **declaratório** do estado de *fato* pré-existente.

De igual modo, não se aplica a regra do artigo 156 da mesma Lei 6015/73, porque a discricionariedade, ali conferida ao Oficial, como visto, visa obstar a fraude, ou seja, o uso do registro, como *meio* para conferir autenticidade a título ou documento falso ou fraudulento. Ora, a declaração de união estável, em princípio e por si só, não é fraudulenta e nem meio para a consumação do adultério. Este, se existente, é pré-existente, não precisando do registro para constituir-se.

Temos de levar em conta, também, que a desonestidade não se presume, não sendo razoável obstar o registro de fatos, em favor de uma maioria que é honesta, em razão da possibilidade de algum desajustado poder beneficiar-se da norma.

Não há, pois, impedimento penal à constituição de família, quando um dos conviventes é separado de fato.

#### **b.4) A necessidade do registro:**

Ademais, como vimos, a Lei 9278/96, em seu artigo 1º, exige a **publicidade** e a **prova** da **convivência duradoura**. E há publicidade maior que a conferida pelo registro público? A publicidade perseguida com o registro é **meio de prova** que visa atender ao previsto no artigo 1º da lei 9278/96, inclusive para efeito de prova de data de sua constituição e da intenção manifestada de constituir família.

Outrossim, no campo das relações privadas, impera o Princípio da Legalidade, pelo qual *"ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei"*<sup>(24)</sup>

Lembremo-nos, também, do crime de constrangimento ilegal <sup>(25)</sup>, onde vedado impedir o exercício regular de um direito. E as partes têm direito a tornar pública a existência de sua união estável.

Portanto, não havendo distinção ou vedação legal, expressa, à constituição de entidade familiar ao separado de fato, este tem direito, líquido e certo, amparado por Mandado de Segurança, ao registro.

#### **IV. - A sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo:**

Outra vertente do problema está no registro de sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo.

##### **a) A impossibilidade do registro:**

Mantendo o mesmo critério de exposição quanto ao tema anterior, iremos examinar, antes, a tese da minoria.

Entende, a minoria, que, a Constituição Federal não amparou, nem equiparou a união estável entre pessoas do mesmo sexo à família, nem lhe estendeu a proteção do Estado; que, o direito natural não acolhe a livre opção sexual e nem essa se amolda aos critérios de moral e bons costumes; e que, apesar de admitida a livre disposição de bens, no âmbito do direito patrimonial, privado, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, não se confundem as liberalidades, por doação ou legado, onde o proprietário ou autor da herança pode dispor da parte disponível de seus bens, com o pacto de convivência entre pessoas do mesmo sexo, que, ainda na sociedade brasileira, é tida como em afronta à moral e aos bons costumes e, até mesmo, ao direito natural, por inconciliáveis questões biológicas.

Entendem, ainda, que a relação pública entre pessoas do mesmo sexo configuraria, em tese, o crime de ato obsceno ou atentado público ao pudor <sup>(26)</sup>. Admitem, entretanto, que, *de lege ferenda*, tal poderá vir a ser admitido, caso aprovada lei específica, no âmbito legislativo, sua permissão.

##### **b) A possibilidade do registro:**

Amparada no arcabouço da tese que admite o registro das uniões estáveis, quando integrada por separado de fato, entende, a corrente majoritária, ser possível o registro da declaração de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, para efeitos meramente patrimoniais, como meio de preservar a prova.

Argumentam, inclusive, com a realidade fática dos tempos modernos, lembrando que, já houve casos em que o reconhecimento de cláusula testamentária, nesse sentido, teria sido referendada pelo Tribunal de Justiça Carioca, no caso do artista plástico Jorge Guinle Filho.

##### **b.1) A união estável :**

Aqui, em *contrário sensu*, é forçoso lembrar que o legislador constitucional excepcionou a possibilidade de existência ou equiparação à entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, ao ressaltar que, somente "é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher" <sup>(27)</sup>.

Não quis, portanto, o constituinte, reconhecer efeitos à união entre pessoas do mesmo sexo, muito menos a chancelou como se formadora de união estável.

Todavia, não é menos certo admitir-se que, na hipótese em tela, não se trata de união estável, porque assim não quis o legislador constituinte, mas mera sociedade

de fato, perfeitamente admissível.

## **b.2) A formação biológica e o direito natural na convivência de fato:**

Não se trata, aqui, de rotular, como certa ou errada, a união entre pessoas do mesmo sexo.

É certo que, a célula pretendida equiparar à família, é aquela onde possa haver agrupamento social, por descendência.

É correto, também, afirmar que, biologicamente, ainda não é possível resultar prole entre pessoas do mesmo sexo, tendendo à extinção, agrupamento assim formado.

De igual modo, não se olvida que, a relação entre pessoas do mesmo sexo, em público, é tipificada como ato obsceno<sup>(28)</sup>.

Todavia, não é menos certo que, apesar de não encontrar eco, no direito natural, nem no direito positivo, conferir *status* de família a essa convivência, a sociedade tolera sua prática<sup>(29)</sup>, apesar de ainda não lhe admitir, *ipso facto*, efeitos jurídicos. b.3) A livre disposição de bens, por atos *inter vivos* ou cláusula testamentária, e a sociedade de fato:

De início e para que fique claro, não se pode negar a possibilidade da existência de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, porque, essa, pode ocorrer mesmo sem coabitação ou convivência habitual, sendo dispensável o intuito de constituir família. Ainda que se possa negar que, a união de patrimônios decorra, como fruto, puro e simples, dessa convivência, não se pode negar que nosso direito não veda a possibilidade de transferência de patrimônio, ao nuto de seus proprietários, a pessoas que se quer bem, com ou sem relação sexual.

É evidente que explorando atividade profissional conjunta, haverá a **sociedade de fato**, na medida da colaboração de cada um dos sócios<sup>(30)</sup>.

Porém, da simples convivência entre pessoas do mesmo sexo, é certo que não resulta patrimônio comum, porque a lei assim não dispôs.

Frisam que, nesses casos, não se cogita de união estável, nem de ente equiparado à família, mas, sim, de mera **sociedade de fato**, instituto jurídico construído pela jurisprudência, que admite, até mesmo, a indenização por serviços domésticos prestados ou pelo simples apoio, moral ou sentimental, que dá margem e segurança a que um dos conviventes possa melhor auferir renda e estabilidade, para aquisição de patrimônio, que, assim, resulta de esforço comum.

Invocam, também, a elevada carga de hipocrisia que norteia a tese contrária, porque, assim o desejando, a um dos conviventes, detentor da titularidade do patrimônio, é lícito doar<sup>(31)</sup> ao seu companheiro, seus bens, nos limites da lei.

Podem, igualmente, fazê-lo via cláusula testamentária, por não haver vedação a que o testador legue parte disponível de sua herança<sup>(32)</sup>, sem qualquer distinção.

Aplica-se, portanto, nessas hipóteses, o axioma *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere*

*debemus*. Ora, se é lícita a comunhão de esforços para o bem comum e aquisição de patrimônio, através de sociedades de fato; se podem os conviventes pactuar a transferência de patrimônio, por meio de atos entre vivos ou testamento, porque não poderiam estabelecer regras para divisão do patrimônio comum auferido pelo esforço, também comum, reconhecido pelas partes?

Aqui impera a liberdade contratual, o **Princípio da Autonomia da Vontade**, por versar **direito privado**.

Nas declarações de sociedade de fato, por convivência entre pessoas do mesmo sexo, este fato, por si só, não é ensejador da comunhão de patrimônios, carecendo de suporte legal que o ampare. Todavia, é de se lembrar que é vedado, em nosso direito, o enriquecimento sem causa (que difere, como curial, do enriquecimento ilícito), não sendo justo atribuir todo o lucro a apenas uma das partes<sup>(33)</sup>.

Observe-se, também, que é direito fundamental do ser humano a igualdade<sup>(34)</sup>, porque não pode haver distinção jurídica entre as sociedades de fato, apenas em razão do sexo de seus integrantes.

Ora, se a lei não veda a pactuação sobre os efeitos patrimoniais, entre pessoas físicas,<sup>(35)</sup> porque dificultar a livre disposição patrimonial entre pessoas do mesmo sexo, que poderão obter os mesmos efeitos jurídicos por meio de atos oblíquos?

Deve imperar, portanto, a segurança jurídica pretendida obter pelas partes, com a prévia estipulação de direitos e deveres, um frente ao outro, dando a cada um o que é seu, na medida do que entendem ser o esforço comum ou individual.

Concluindo: não havendo distinção ou vedação legal, expressa, à constituição de entidade familiar ao separado de fato, nem à constituição de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, entendemos que, esses, tem direito, líquido e certo, amparado por Mandado de Segurança, ao registro, o que somente irá trazer **segurança jurídica** à sociedade.

### Notas

1. Cf "Registros Públicos e Segurança Jurídica", Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pág. 76.

2. Em 7 de fevereiro de 1924, foi sancionado o Decreto Legislativo nº 4827, reorganizando os registros públicos instituídos pelo Código Civil e, em 24 de dezembro de 1928, fazendo-se necessário disciplinar em âmbito federal sua execução, foi editado o Decreto nº 18.542.

3. "*leges, nihil in eis debet esse inutile, ac superfluum, sine ministério aliquid operando*" (Leis em nada devem ser inúteis, e supérfluas, sem produzirem algum efeito), in Axiomas e Lugares Comuns de Direito, de Simão Vaz Barbosa Lusitano, apud Regras de Direito de Augusto Teixeira de Freitas, ed. Lejus, 2000, pág. 132).

4. Vida Constituição Federal, artigo 236, §3º, parte final.

5. Cf. Estat. Cit., Liv. 2, Tít. 2º, Cap. 7º, §5º, apud Princípios do Direito Divino, Natural, Público, Universal, e das Gentes, Adotados pelas Ordenações, Leis, Decretos, e mais Disposições do Reino de Portugal, de Augusto Teixeira de Freitas, ob cit., pág.311).
6. cf. Alvará de 7 de junho de 1755 princ., apud Teixeira de Freitas, ob. Cit. pág. 315).
7. Cf artigo 183, incisos VI e VII, do Código Civil em vigor.
8. Teixeira de Freitas, ob. Cit. pág. 130, *contrario sensu*.
9. Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, ed. Nova Fronteira, 1ª. ed., pág. 950.
10. In Filosofia do Direito, ed. Saraiva, 19ª. ed., 3ª. tir., 2002,.
11. Ob. Cit. pág. 641.
12. Ob cit. pág. 640.
13. Ob. Cit. pág. 640.
14. Ob. Cit. págs. 641 a 642.
15. Ob. Cit. pág. 646.
16. Ob. Cit. pág. 647.
17. Ob. Cit. pág. 712 a 713.
18. Cf. o moralismo jurídico de Viktor Cathrein, o Direito Natural de Grócio e o Moralismo Jurídico de Georges Ripert, dentre outros – págs. 481 e ss, em especial pág. 492.
19. Ob. Cit. pág. 492.
20. In Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, ed. Nova Fronteira, 1ª. ed., pág. 594.
21. Cf. artigo 240, §2º, do Código Penal.
22. Cf. artigo 240, §3º, do Código Penal.
23. Cf. artigo 240, §4º, do Código Penal.
24. Cf. Constituição Federal de 1988, art. 5º, §2º.
25. Cf art. 146 do Código Penal.
26. Cf art. 233 do Código Penal.
27. Art. 226, §3º, CF/88.
28. Cf artigo 233 do Código Penal.



29. Admitindo, inclusive, o "Dia Nacional do Orgulho Gay", com passeatas que lotam as ruas das grandes capitais brasileiras, com ósculos públicos, presença e apoio de autoridades, já havendo, inclusive, em resposta aos reclamos sociais, projetos de lei, em trâmite no Congresso Nacional, para admitir efeitos jurídicos a essas uniões.

30. Cf. art. 1363 do Código Civil.

31. Cf. art. 1165 do Código Civil.

32. Cf. artigo 1721 do Código Civil.

33. Cf. art. 1372 do Código Civil.

34. Cf. artigo 5º, caput e §2º da CF/88.

35. Cf artigos 2º, 81 e 82 do Código Civil.